

A delimitação do nexa causal: os influxos da teoria da imputação objetiva

Fernando Capez*

Sumário

Noções introdutórias; 2 A teoria da *conditio sine qua non* e a crise do dogma causal; 3 O resgate do conceito de imputação e o seu conteúdo valorativo; 4 Teoria da imputação objetiva; Considerações finais.

Noções introdutórias

A Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, ao estatuir que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, consagrou o princípio da não culpabilidade, no sentido de que cabe ao Estado, enquanto titular exclusivo do direito de punir, a tarefa e o ônus de apurar e provar a responsabilidade individual, antes de cominar a sanção de qualquer natureza.

Ao Estado compete, mediante um procedimento previamente estabelecido em lei, no qual sejam obedecidas garantias exigidas pela Carta Constitucional (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, publicidade, duplo grau de jurisdição etc.), demonstrar a ocorrência de um fato ilícito, comprovar a sua autoria, bem como a responsabilidade do autor para só então aplicar a correspondente sanção.

No Estado Democrático de Direito, perfil político-constitucional adotado por nossa Carta Magna (CF, art. 1º, *caput*), nenhum castigo, entendido como pena, pode ser imposto por presunção. Não importa aqui o ramo do ordenamento jurídico em que ocorra a sua imposição, cuja divisão obedece muito mais a necessidades doutrinárias e dogmáticas. Castigo é castigo. Não pode ser aplicado sem prévia comprovação de responsabilidade subjetiva e individual.

Ao empregar a expressão *culpado*, a CF pretende que ninguém seja punido sem que antes se esgote todo o procedimento apuratório da prática da conduta, de sua autoria, do nexa de causalidade entre tal conduta e o resultado juridicamente relevante, da sua tipicidade, incluídos aqui o dolo e a culpa, da sua antijuridicidade ou ilicitude e da culpabilidade do autor, entendida

essa como a possibilidade de responder por sua ação ou omissão.

Assume, aqui, especial relevo o estudo do nexa causal. Ao aplicador do Direito incumbe a tarefa de buscar barreiras para a contenção do *jus puniendi* estatal, constituindo o delineamento da relação causal, o seu mais importante instrumento, uma vez que o seu estabelecimento revela-se uma garantia contra o arbítrio do Poder Público.

Na realidade, o Direito Penal, por ser o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, é o ramo do Direito que detém a maior preocupação doutrinária em se aprofundar no estudo do dogma causal.

Isso porque a delimitação do nexa causal assume o importante papel de uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, pois, sem a prova de que o resultado se deve à ação do agente, afasta-se qualquer pretensão punitiva estatal.

Por consequência, a missão de trazer luz à relação causal é, antes de mais nada, um dos grandes postulados de nossa democracia, que, tem como pórtico fundamental a proteção da dignidade humana, princípio contendor da pretensão punitiva, inserto na Constituição Federal, no art. 1º, inciso III.

Diante disso, a investigação dogmática da relação de causalidade demonstra-se tema de importância proeminente no âmbito do Direito Penal, Civil e Administrativo, sendo muitas as teorias destinadas à explicação da relação de causalidade, destacando-se a teoria da *conditio sine qua non*.

Entretanto, a Ciência Jurídica, ao estabelecer o nexa causal, sempre se pautou no modelo empírico-científico, menoscabando, portanto, o mundo dos valores, como se pudesse apartar o homem de sua própria natureza.

Seu paradigma, no estabelecimento do nexa causal, foi baseado no determinismo científico do conhecimento empírico, derivado da física e matemática, como forma de alcançar a estabilidade, a segurança. Assim, o encadeamento lógico do método científico, que procura explicar os fenômenos da natureza, foi transposto para o campo que rege as relações humanas e sociais, com menosprezo a

* Fernando Capez é procurador de Justiça licenciado e deputado estadual. Presidente da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (2007-2010). Mestre em Direito pela USP e Doutor pela PUC/SP. Professor da Escola Superior do Ministério Público e de cursos preparatórios para carreiras jurídicas. Autor de várias obras jurídicas. Site: <<http://www.fernandocapez.com.br>>.

qualquer consideração valorativa, pois a ciência para ser denominada como tal não se compactuaria com a ideia de valores.

Ocorre que as próprias concepções empíricas vêm sofrendo um abalamento em suas estruturas sólidas edificadas ao longo dos séculos, colocando em dúvida o tão propalado ideal de estabilidade dos fenômenos quânticos relativos à Matemática e à Física, de forma a não mais se poder falar no princípio natural de que todo consequente deveria possuir necessariamente um antecedente preciso e determinado.¹

Tais considerações conduzem ao seguinte questionamento: se nas ciências empíricas está ocorrendo uma ruptura em suas estruturas edificadas ao longo dos séculos, como pode o Direito caminhar na contramão dos ventos inspiradores desse novo panorama que se descortina? Será possível continuar lastreando o *jus puniendi* estatal com base na mera causalidade física, isto é, na relação naturalística de causa e efeito, em se tratando de fatos sociais sujeitos às mais variadas condições e não de meros fenômenos da física?

A busca pela causalidade, informada, de forma complementar, por categorias valorativas, passa, dessa forma, a ser tema de grande importância para as ciências jurídicas, pois as relações que se estabelecem entre os homens envolvem juízos de valor.

Nesse contexto, insere-se a ideia básica da teoria da imputação objetiva. Seu ponto de partida é, portanto, a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais². Em outras palavras, busca-se a causalidade jurídica mais que uma causalidade apenas física.

Dessa feita, o resgate do mundo dos valores na imputação de um resultado é uma das pedras angulares do presente trabalho, pois, até então, o tipo penal, segundo Jakobs no prólogo de sua obra, “parecia estar composto e assentado em dados físicos e psíquicos (causalidade e dolo). Mas numa sociedade em que vários elementos estão vinculados a outras muitas circunstâncias, a causalidade carece de contornos determináveis”³.

Dessa forma, a busca por categorias valorativas, por se considerar que o direito não pode ser concebido como uma simples sucessão natural de fatos, acabou por se infiltrar no Direito Penal, considerado, em face do primado da segurança jurídica, o sistema mais fechado, inflexível, frente às categorias jurídico-valorativas, de onde resulta a necessidade de um novo olhar, novo enfoque, uma nova concepção do nexo de causalidade jurídica.

Na entrada do terceiro milênio, continuar admitindo no âmbito jurídico uma teoria que pertence ao campo das ciências físicas, desprovida de conteúdo axiológico, é caminhar na contramão da evolução do pensamento jurídico e filosófico.

Nesse cenário, será estudada a teoria da imputação objetiva.

2 A teoria da *conditio sine qua non* e a crise do dogma causal

A grande questão que se coloca consiste em estabelecer a relação causal entre uma ação e um resultado. A preocupação de estabelecer a causa de algo dado ou existente é pertinente a todo estudo filosófico. Onde? De onde? Por quê? Para quê? São questionamentos inerentes à própria condição humana.

O conceito de causalidade, nesse sentir, antes de ser jurídico, é filosófico, consistindo na referência entre o comportamento humano e o resultado superveniente.

Diante dessa vagueza conceitual, as Ciências Jurídicas adotaram as formulações de tendência empírico-científica. O acolhimento do propalado ideal de estabilidade, segurança dos fenômenos quânticos relativos à Matemática e à Física, teve por fim afastar quaisquer incertezas, questionamentos, influências que pudessem interferir nessa relação de causa e efeito, de forma a se poder afirmar o princípio natural de que todo consequente deveria possuir um antecedente preciso e determinado.

Considera-se a teoria newtoniana a primeira formulação estruturada em termos de um determinismo causal estrito:

Historicamente, foi a teoria newtoniana a primeira formulação estruturada em termos de um determinismo causal estrito e com o instrumental adequado para realizar as tarefas de uma teoria científica tal como concebemos hoje. Essa teoria ofereceu uma imagem do mundo como sendo totalmente previsível e passível de conhecimento desde que as condições iniciais de posição e velocidade dos corpos fossem conhecidas. A

¹ CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

² BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Rev. Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 246.

³ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 9.

estruturação da mecânica se fez tendo por base as conhecidas três leis de Newton, que durante muito tempo todos pensaram ser insuperáveis. E isto devido ao fato de que elas apareceram como verdadeiras leis da natureza. Não se imaginava que elas pudessem, um dia, ser falsificadas ou mesmo abandonadas em favor de uma teoria melhor. Aliás, até hoje, se aprende nas escolas a mecânica clássica e não a relativista⁴.

Assim, toda explicação científica seguiria o mesmo padrão e os fenômenos poderiam ser amarrados por encadeamentos racionais, permitindo uma imagem do mundo unitária e coerente.

Desse modo, o sistema naturalista ou clássico, sob a influência do positivismo, baseia-se num determinismo causal, nas leis da natureza e, nessa concepção, o mundo era completamente previsível. Nesse contexto, foi cunhado o conceito clássico de delito, o qual buscou transportar a exatidão das ciências naturais para o sistema jurídico-penal.

Nesse sistema, o crime dividia-se em três partes: fatos típicos, antijurídicos e culpáveis⁵. A primeira parte, o tipo, abarcava todos os aspectos objetivos do crime, enquanto a culpabilidade ficava com os de natureza subjetiva (dolo e culpa). Logo, a parte externa do crime referia-se ao tipo e a interna, à culpabilidade.

Nesse panorama, em que o importante é a busca de uma relação exata entre a condição e o resultado, o tipo penal se perfaz toda vez em que uma condição for capaz de provocar o resultado nele previsto, acarretando com isso perigoso alargamento do tipo, pois, afirma Claus Roxin que, pela *conditio sine qua non*, considera-se que praticou a ação de matar todos aqueles que contribuíram para o resultado, “O fabricante e o vendedor do revólver e da munição, aqueles que ocasionaram a desavença da qual resultou

o tiro, até mesmo os pais e outros ascendentes do criminoso”⁶.

O aplicador da lei, desse modo, somente poderia realizar as restrições à responsabilidade penal em uma etapa posterior à análise do juízo de tipicidade, qual seja, quando do exame da antijuridicidade ou, em uma última etapa, na esfera da culpabilidade, onde se localizavam todos os elementos subjetivos do delito.

As Ciências Naturais, dessa maneira, tornam-se o paradigma de todas as Ciências, em especial, da Ciência Jurídica. Procura-se, por intermédio do estabelecimento da causa e do efeito, sob o enfoque meramente naturalista, aproximar as Ciências Jurídicas do ideal de estabilidade, segurança dos fenômenos quânticos relativos à matemática e à física, afastando quaisquer incertezas e questionamentos, bem como eventual influência social que pudesse interferir nessa relação de causa e efeito. Trata-se, pois, de um fenômeno preciso.

O Direito, portanto, passa a lastrear-se sobre leis naturais gerais, sendo a construção das relações causais uma apreensão dos fenômenos. Dessa forma, o conteúdo valorativo seria uma antítese do conhecimento científico, pois modelos de ciência são a Física, a Biologia, a Psicologia. Não há o que valorar, ao juiz apenas incumbe verificar se o autor causou o resultado preenchendo o tipo penal. Se tal causação foi ao menos previsível, haverá culpabilidade.⁷

Disso decorre que o sistema naturalista tem a pretensão de resolver problemas jurídicos por meio do conhecimento da realidade pré-jurídica, bastando para tanto a mera subsunção automática do fato ao tipo penal, sem qualquer análise valorativa, vendo-se obrigado “a chamar de adúltero aquele que constrói a cama na qual se consuma o adultério, declarando a ação de construir a cama típica e ilícita, porque causadora do resultado”⁸.

Por derradeiro, pela *teoria dos equivalentes causais*, toda e qualquer conduta que, de algum modo, ainda que minimamente, tiver contribuído para a produção do resultado deve ser considerada sua causa. Nas palavras de Enrique Bacigalupo:

⁴ MATALLO JR. Heitor. Mito, metafísica, ciência e verdade. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de (org.). *Metodologia científica: fundamentos e técnicas*. 11. ed. Campinas: Papirus, 2001, p. 42. No mesmo sentido, afirmam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “No início, o conceito causalista de conduta apoiou-se sobre a base filosófica do positivismo mecanicista, herdado das concepções da Ilustração e, portanto, tributário das concepções físicas de Newton. Tudo são causas e efeitos, dentro de um grande mecanismo que é o universo, e a conduta humana, como parte dele, também é uma sucessão de causas e efeitos. Esta é, em última análise, a base filosófica do sistema construído por Franz Von Liszt e por Ernest Von Beling (sistema de Liszt-Beling)” (*Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 423).

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 31, v. 3.

⁶ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 101-102.

⁷ Nesse sentido: GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, cit., Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 10-13.

⁸ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, out./dez. 2000, p. 122-124.

Essa teoria abre mão da determinação de uma causa do resultado e afirma que todas as suas condições têm idêntica e equivalente qualidade causal. Causa do resultado morte é tanto a ação que produziu uma lesão leve na vítima como o incêndio no hospital em que a pessoa morreu enquanto recebia tratamento⁹.

Em síntese, tem-se que tudo aquilo que, excluído da cadeia de causalidade, ocasionar a eliminação do resultado deve ser tido como sua causa, pouco importando se, isoladamente, tinha ou não idoneidade para produzi-lo.

Prevaleceu, portanto, a teoria da *conditio sine qua non*, que foi adotada pelo Código Penal pátrio. Oriunda do pensamento filosófico de John Stuart-Mill, tal teoria, refletindo sobre a sucessão de fenômenos, concluiu que raramente ou nunca, o conseqüente resulta de um só antecedente, visto que quase sempre provém da totalidade dos múltiplos antecedentes.

Logo, causa é toda ação ou omissão anterior que tenha contribuído para a produção do resultado (CP, art. 13, *caput*), ou seja, tudo o que concorre para o resultado deve ser considerado causa. Afirma Jiménez de Asúa: “causa é inescusavelmente o conjunto de fatores, que precederam a produção de um fenômeno, inclusive os passivos e os aparentemente mais distantes dele”¹⁰.

Dessa feita, a lei atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado, considerando que nenhum elemento de que dependa sua produção pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Não existe diferença entre causa e condição ou causa e concausa.

A concepção de Stuart-Mill de que causa é a totalidade das condições levou Julius Glaser e depois Maximilian Von Buri¹¹ a concluir, raciocinando ao contrário, que qualquer das condições que compõem a totalidade dos antecedentes é causa do resultado, pois a sua inocorrência impediria a realização do evento.

Daí decorreu a conclusão de que todas as condições cuja eliminação *a posteriori* revelar serem necessárias à produção do evento são equivalentes¹². Tudo aquilo, portanto, que, retirado da cadeia de causa

e efeito, provoca a exclusão do resultado considerase sua causa. Damásio de Jesus arrola o seguinte exemplo:

Suponha-se que A tenha matado B. A conduta típica do homicídio possui uma série de fatos, alguns antecedentes, dentre os quais podemos sugerir os seguintes: 1º) a produção do revólver pela indústria; 2º) aquisição da arma pelo comerciante; 3º) compra do revólver pelo agente; 4º) refeição tomada pelo homicida; 5º) emboscada; 6º) disparo de projéteis na vítima; 7º) resultado morte. Dentro dessa cadeia de fatos, excluindo-se os fatos sob os números 1º a 3º, 5º e 6º, o resultado não teria ocorrido. Logo, são considerados causa. Excluindo-se o fato sob o número 4º (refeição), ainda assim o evento teria acontecido. Logo, a refeição tomada pelo sujeito não é considerada causa¹³.

A esse sistema, preconizado por Thyren como de aferição, dá-se o nome de “procedimento hipotético da eliminação”, aplicando-se a fórmula *sublata causa tollitur effectus*¹⁴.

Diante da teoria da equivalência dos antecedentes, não poderia haver uma responsabilização muito ampla, na medida em que são alcançados todos os fatos anteriores ao crime? Conforme assinalam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

Se suprimirmos mentalmente o pecado original, desaparecem todos os delitos; se supomos que o pai e a mãe do homicida nunca tivessem gerado um filho, desaparecería o resultado morte; se não existisse um hotel, lá não teria sido possível o cometimento de um adultério¹⁵.

Indaga-se se essa linha de raciocínio não conduziria a um *regressus ad infinitum*. Afirma-se que não, pois a responsabilidade penal exigiria, além do mero nexos causal, nexos normativo. A teoria da equivalência dos antecedentes situa-se no plano exclusivamente físico, resultante da aplicação da lei natural da causa e efeito. Assim, pode-se afirmar que o pai e a mãe, do ponto de vista naturalístico, deram causa ao crime cometido pelo filho, pois, se este não existisse, não teria realizado o delito. Não podem, contudo, ser responsabilizados por essa conduta, ante a total ausência de voluntariedade. Se não concorreram para a infração com dolo ou culpa, não existiu, de sua

⁹ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 230.

¹⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1983, t. 3, p. 424-425.

¹¹ JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, v. I, p. 381.

¹² REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 33.

¹³ JESUS, Damásio E. de. *Direito penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 248.

¹⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamerica, 1990, p. 221.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal brasileiro: arte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 474.

parte, conduta relevante para o direito penal, visto que, como já estudado, não existe ação ou omissão típica que não seja dolosa ou culposa.

Afirma-se, pois, que a teoria naturalista ou causal está hoje superada. Em pleno século XXI, torna-se inadmissível dizer que crime é aquilo que está definido em lei como tal, sem preocupações de ordem material e sem levar em conta se a ação foi consciente e voluntária.

Como continuar, portanto, admitindo que um comportamento fosse considerado previsto como criminoso pela mera correspondência objetiva entre conduta e resultado naturalístico? Sem a valoração subjetiva, o Direito Penal torna-se tão utilitário quanto o aplicado em sua origem, consoante a correta crítica de Hans Welzel, que, por intermédio da teoria finalista, propugnou a finalidade como elemento inseparável da conduta e sem o qual não existe conduta típica.

Ao Direito Penal, por conseguinte, não interessam os resultados produzidos sem dolo ou culpa, porque sua razão maior de existir funda-se no princípio geral da evitabilidade da conduta, de modo que só se devem considerar penalmente relevantes as condutas propulsadas pela vontade, pois só essas poderiam ter sido evitadas.

Em outras palavras, pelas leis da Física há uma inegável relação de causa e efeito entre pais, filho e crime. É evidente que, sem os primeiros, não existiria o autor da infração; logo, do ponto de vista físico-naturalístico, aqueles constituem uma das causas. No entanto, para o Direito Penal, é insuficiente o nexo meramente causal-natural, sendo imprescindível para a existência do fato típico a presença do dolo ou da culpa (necessários para a tipicidade).

A adoção da teoria da equivalência dos antecedentes gerou muitas críticas, na medida em que, para a pessoa não ser responsabilizada por um resultado, é preciso que não tenha atuado com dolo ou culpa em relação a ele (sem dolo e culpa não há fato típico)¹⁶.

A parede de contenção do *jus puniendi* reside, por derradeiro, na falta de imputação subjetiva, uma vez que ausente o nexo normativo, não há responsabilização do agente. Desse modo, a teoria finalista da ação teve o mérito de acrescentar ao conceito de tipo formulado pelo naturalismo o elemento subjetivo. No entanto, conforme Claus Roxin, seu progresso limita-se somente a isso, pois continua a considerar suficiente a

mera relação de causalidade para a realização do tipo objetivo, o qual continua demasiadamente extenso.¹⁷

Isso quer dizer que somente não resultam absurdos da *conditio sine qua non*, como a responsabilização dos pais pelos crimes cometidos pelos filhos, devido à ausência do dolo e da culpa. Relação causal, porém, para referida teoria existiu, mas os pais não respondem pelo crime porque não tiveram dolo nem culpa em relação ao resultado.

O principal entrave, dessa forma, é a exclusiva dependência do nexo normativo, para que não ocorram absurdos jurídicos. No plano objetivo, porém, a *conditio sine qua non* admite a relação causal. Desse modo, conforme assinala Enrique Bacigalupo:

A teoria da condição ou da equivalência dos antecedentes encontra dificuldades para separar, como irrelevantes, as contribuições ao fato que estão muito distantes do momento da ação (por exemplo, o operário que intervém na fabricação da arma realizaria a conduta que também é causa do homicídio cometido com ela). Por esse motivo, aqueles que partem dessa teoria restringem logo a punibilidade aos nexos relevantes juridicamente¹⁸.

Nesse prisma, o sistema naturalista pretende resolver problemas jurídicos por meio do conhecimento da realidade pré-jurídica, bastando, para isso, a mera subsunção automática do fato ao tipo penal, sem qualquer análise valorativa, o que torna o tipo penal demasiadamente extenso.¹⁹

Finalmente, Santiago Mir Puig demonstra as dificuldades trazidas pela teoria em estudo, a qual conduz a uma determinação amplíssima da causalidade, que tende ao infinito, a ponto de a concepção do assassino por sua mãe ser a condição para que este pudesse matar a sua vítima, e, portanto, da morte desta, o mesmo podendo se dizer de todos os seus antepassados, surgindo daí a necessidade de se buscar um conceito de causalidade mais restrito. Assim, a atual doutrina dominante na Alemanha sustenta que no plano da causalidade é correta a teoria da equivalência, e que sua limitação deve ser buscada, exigindo-se além da relação causal, a imputação objetiva²⁰.

¹⁷ ROXIN, *op. cit.*, p. 102.

¹⁸ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 232.

¹⁹ GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista cit., p. 122-124.

²⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002, p. 237.

¹⁶ Nesse sentido: CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002., p. 134-135.

Busca-se, assim, ao lado da causalidade natural uma causalidade jurídica, informada por conteúdos valorativos.

3 O resgate do conceito de imputação e o seu conteúdo valorativo

A imputação de um comportamento a um sujeito como obra sua constitui a pedra fulcral do Direito, pois constitui a solução de uma questão imprescindível à responsabilização do agente nos delitos de resultado: quais são os acontecimentos produtos de sua ação?

Luís Greco, ao analisar a imputação no seio do Direito Penal, afirma que “imputar significa atribuir algo a alguém; imputação é a valoração de algo como atribuível a alguém”²¹.

Nesse contexto, somente se poderá falar em imputação a partir do momento em que se admitir que a teoria do delito não se esgota em descrições ou verificações de fatos, mas constitui um conjunto de valorações a que se há de submeter determinado fato, para que ele possa ser considerado um crime. Nesse momento ocorre a transição do naturalismo para o neokantismo²².

É, portanto, a partir do neokantismo que as ciências da cultura passam a ter lugar de destaque ao lado das ciências da natureza, pois o Direito, como ciência da cultura, jamais poderia trabalhar com conceitos empíricos e avalorados. Neste momento, a teoria da causalidade entra em crise²³, deixando o fato típico de ser apenas a descrição de um acontecimento externo, isto é, o tipo não é mais concebido como pura causalidade, instante em que “começa a fazer sentido perguntar o que faz de uma causação qualquer uma causação típica. Noutras palavras: a partir desse momento começa a interessar o problema da imputação”²⁴.

É na doutrina filosófica de Hegel que o civilista e jusfilósofo Larenz, em 1927, em sua tese de doutorado, busca inspiração para formular a teoria da imputação²⁵.

Larenz redescobriu o conceito de imputação, o qual, sob influência do naturalismo, havia sido esquecido.

Desse modo, Larenz primeiramente expôs o pensamento de Hegel, para somente depois adaptá-lo às exigências do Direito²⁶, desenvolvendo a teoria da imputação objetiva para o Direito Civil.

Por derradeiro, embora tenha sido amplamente divulgada, aplicada e discutida na seara penal, onde encontrou maior ressonância, verifica-se que a teoria da imputação objetiva teve o seu nascedouro no Direito Civil.

Nos seus estudos sobre o dano indenizável, Larenz parte do pressuposto de que o conceito geral de causalidade não basta para separar as consequências jurídicas relevantes imputáveis das que não deverão ser levadas em conta para a determinação dos danos, por serem demasiadamente remotas e acidentais ou fortuitas.²⁷

Nesse cenário, conclui que a responsabilidade não pode ser estendida ilimitadamente, concebendo que o conceito natural de causa não contém dita limitação das consequências, tal como exige a ideia de responsabilidade. Daí que fracassam todos os intentos de derivar essa limitação do mesmo conceito causal²⁸.

Dessa forma, afirma Larenz que ao responsável pelo fato somente lhe podem ser imputadas e levadas em conta na determinação do dano as consequências adequadas ao fato gerador da responsabilidade. Trata-se, no caso, de uma imputação objetiva das consequências produzidas, não de uma imputação subjetiva a título de culpa.

Transcorridos três anos após os estudos de Larenz, no âmbito da teoria da imputação objetiva, Honig, em 1930²⁹, ao revisar a obra daquele, procurou aplicar a teoria da imputação no campo da dogmática jurídico-penal, com base na persecução objetiva da finalidade

Com Honig, passa-se a conceber que o Direito não mais poderia considerar suficiente o mero nexo

Universität Göttingen, Leipzig, 1927, t. 4, apud CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Op. cit.*, p. 62.

²⁶ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 15.

²⁷ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editoria Revista de Derecho Privado, 1959, t. II, p. 197.

²⁸ LARENZ, *op. cit.*, 1958, t. I., p. 199.

²⁹ “Kausalität und objektive Zurechnung, Breitag zur Strafrechtswissenschaft”, *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, 16. August 1930, Band I, Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1930, pp. 174/201, apud CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Op. cit.*, p. 63.

²¹ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10.

²² GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 10.

²³ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13.

²⁴ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 13-14.

²⁵ Karl Larenz: “Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des dritischen Idealismus und zur Lehre von der juristischen Kausalität”. *Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der*

causal entre a ação e o resultado, passando a ser um imperativo da ordem jurídica o nexó normativo, isto é, o nexó construído segundo as exigências da ordem jurídica. Com ele, opera-se, portanto, a distinção entre a questão da causalidade física da questão normativa, axiológica (imputação)³⁰.

Em 1970, Claus Roxin reaviva o debate em torno da ideia da imputação objetiva expondo a teoria da imputação de Honig, e parte para a elaboração do princípio do risco³¹. Assim, é possível afirmar que na modalidade em que é aplicada, desenvolvida e discutida atualmente, a teoria da imputação objetiva é devida, fundamentalmente, a vários artigos publicados por ele.

A imputação objetiva, a partir do sistema de Claus Roxin, passa a constituir a atribuição a alguém de uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido. Com tal sistema, extrai-se o significado social da conduta, sempre orientado, pelos fins do Direito Penal, isto é, por princípios teleológico-normativos. Tal teoria encontra-se, portanto, no campo dos valores e não das ciências físicas.

Pode-se afirmar, portanto, que a espinha dorsal da moderna teoria da imputação objetiva é o princípio do risco.

Logo, não basta a finalidade de lesionar o bem jurídico, pois dentro de um Estado Social de Direito, a fim de proteger bens jurídicos e exercer a prevenção geral, o Direito Penal somente pode proibir condutas *ex ante* perigosas, que gerem um risco juridicamente relevante³².

Sucede que nem todas as condutas perigosas são juridicamente relevantes, pois, do contrário, a vida social seria completamente paralisada. Daí porque o Direito Penal objetiva a proteção de bens jurídicos, mas não a qualquer custo, estando o ordenamento jurídico disposto a aceitar a prática de ações perigosas:

De outro lado, afirma Luís Greco que para um resultado ser imputado a alguém, deve ter relação com o risco por ele criado, pois como poderia o Direito Penal puni-lo por riscos que não foram por ele provocados, os quais, portanto, sequer poderiam ter sido evitados. Tal punição não faria sentido do ponto de vista da função preventivo-geral negativa do Direito Penal, consistente na intimidação de potenciais ofensores. Da mesma forma, do ponto de vista da prevenção geral positiva, consistente na reafirmação do ordenamento

jurídico violado, também não faz sentido essa punição, pois os cidadãos somente compreenderão o sentido reprovável de um comportamento proibido se o resultado por ele causado não o suceder por acaso, mas como a realização do risco criado pelo autor³³.

Segundo o autor, a realização do risco depende de requisitos decorrentes da ideia preventivo-geral: a) a previsibilidade do resultado e do curso causal que a levou, pois não se pode querer evitar, mediante a ameaça penal, aquilo que ninguém pode prever; b) o resultado deve pertencer àquele círculo que a norma de determinação pretendia evitar: resultados alheios ao fim de proteção da norma não são imputáveis³⁴.

Opera-se, assim, a funcionalização do tipo, o qual passa a cumprir uma função preventiva. Desse modo, “ao considerar a ação típica uma realização de um risco não permitido dentro do alcance do tipo, estrutura o ilícito à luz da função do Direito Penal”³⁵.

Nesse sentido, a funcionalização do tipo faz com que mereçam ser proibidas ações *ex ante* perigosas, que ultrapassem o risco permitido. Igualmente, a função preventiva só será plenamente satisfeita se o risco *ex post* realizado no resultado seja aquele que o autor criou, e não um outro.

A moderna teoria da imputação objetiva parte de um “conjunto de pressupostos que fazem uma causação ser típica, a saber: a criação e realização de um risco não permitido em um resultado”³⁶.

Diante disso, é possível dizer que Larenz e Honig não são mais que um ponto de partida, que “não dá ideia alguma do desenvolvimento ulterior da concepção”³⁷, pois muito embora a nova teoria da imputação também se ocupe de excluir os acontecimentos fortuitos do tipo, possui um campo de aplicação bem mais extenso que em seus primórdios, com Larenz e Honig. Os resultados da teoria antiga limitavam-se, em essência, àquilo que à época já se podia obter por meio da teoria da adequação ou relevância³⁸.

³⁰ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 22.

³¹ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 57-58.

³² Nesse sentido: GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 80-82.

³³ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 84-85.

³⁴ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 86.

³⁵ ROXIN, *op. cit.*, p. 79-80.

³⁶ GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus, *op. cit.*, p. 15.

³⁷ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*, *op. cit.*, p. 125.

³⁸ ROXIN, *loc. cit.*

4 Teoria da imputação objetiva.

Considerações finais

A teoria da imputação objetiva parte da premissa de que a equivalência dos antecedentes, adotada pelo Código Penal em seu art. 13, é muito rigorosa no estabelecimento do nexo causal, na medida em que se contenta com a mera relação física de causa e efeito, simples formulação de *input* (fornecimento de dados, causas) e *output* (resultado), na terminologia de Jakobs³⁹. Seu ponto de partida é a substituição da relação de causalidade, como único fundamento da relação entre a ação e o resultado, por outra relação elaborada sobre a base de considerações jurídicas e não naturais⁴⁰. Em outras palavras, busca-se a causalidade jurídica mais que uma causalidade apenas física.

Trata-se da criação de requisitos para que se estabeleça um nexo valorativo e normativo entre ação e resultado, de modo que a relação de causalidade seja muito mais do que um mero liame físico de causa e efeito, constatável pela simples eliminação hipotética do fato antecedente.

Os pais possuem uma relação física de causa e efeito em relação ao crime cometido pelo filho, pois sem os primeiros não existiria o criminoso. Tal elo é físico, pertence às ciências naturais e apenas constata uma ligação de caráter naturalístico que não pode ser negada, pois não depende de apreciação valorativa, mas de mera constatação de uma realidade concreta. Não importa o que se pense disso, é fato inegável que sem os pais o filho não existiria, e sem existir, por óbvio, não cometeria crime algum.

A imputação objetiva, no entanto, repugna a teoria física da *conditio sine qua non* para ditar o nexo causal no Direito. A constatação física de um fato que não pode ser negado pertence ao campo das ciências físicas e naturais, não ao Direito, valorativo por excelência.

O resultado jurídico homicídio produzido pelo filho não pode ser objetivamente imputado aos pais como seus causadores, pois a relação de causa e efeito para o campo jurídico pressupõe muito mais do que o mero liame físico-causal.

Desse modo, os pais, que geraram o filho, criaram o risco para a sociedade de que ele viesse a se tornar um criminoso. Tal risco, no entanto, é normal e

decorre do simples nascimento de um novo ser. Nem por isso a concepção de humanos deve ser proibida. Se, futuramente, o infante se tornar um assassino, nenhuma relação causal relevante para o Direito poderá ser estabelecida entre o encontro de seus pais no ato de concebê-lo e o crime por ele cometido. No campo da física, cuja causalidade é ditada pela lei de causa e efeito, talvez, já que sem os pais o filho não existiria e sem isso, não cometeria o homicídio. Tal constatação, porém, é irrelevante para o estabelecimento causal normativo: os pais não guardam nenhum elo jurídico com o crime praticado pelo filho.

Nesse sentido é que se emprega o termo imputação objetiva.

Há requisitos de natureza axiológica necessários para o estabelecimento do nexo causal, isto é, da atribuição objetiva de um resultado juridicamente relevante a uma determinada ação.

Só haverá, portanto, imputação do resultado ao autor do fato se o resultado tiver sido provocado por uma conduta criadora de um risco juridicamente proibido ou se o agente, com seu comportamento, tiver aumentado a situação de risco proibido e, com isso, gerado o resultado. Em contrapartida, se, a despeito de ter fisicamente contribuído para a produção do resultado, o autor tiver se conduzido de modo a ocasionar uma situação de risco tolerável ou permitido, o resultado não lhe poderá ser imputado.

Consoante assinala Antonio Luíz Chaves Camargo,

O risco permitido está presente em todo contato social, inclusive naquelas situações em que houve boa-fé, como adverte Jakobs, citando como exemplos o contato corporal, apertar das mãos que pode transmitir uma infecção, o tráfego de veículos que pode produzir um acidente, um alimento que pode estar em mau estado; uma anestesia que tenha consequências, apesar de ter sido observada a *lex artis*; uma criança pode sofrer um acidente, embora todas as cautelas sejam tomadas; uma pessoa idosa pode sofrer um derrame, mesmo recebendo uma notícia alegre. Todas as situações não são praticadas para determinar danos ou prejuízos, mas não se pode renunciar à vida em sociedade que é uma vida de risco.⁴¹

Antes, portanto, de se estabelecer até onde vai a imputação penal pelo resultado, é necessário extrair da sociedade quais são os seus anseios, sendo imprescindível estabelecer o papel social que cada um representa, firmando-se, a partir daí, as responsabilidades individuais. Aquele que concorre

³⁹ JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquín Cuervo Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 228.

⁴⁰ BACIGALUPO, *op. cit.*, p. 246.

⁴¹ *Imputação objetiva, op. cit.*, p. 140.

para uma lesão, mas apenas cumprindo, rigorosamente, o papel social que dele se espera, não pode ser incluído na relação causal para fins de aplicação do Direito Penal.

A conclusão de Günther Jakobs é a de que a mera causação do resultado, ainda que dolosa, resulta de maneira manifestamente insuficiente para fundamentar, por si só, a imputação. Sim, porque se o Direito Penal tivesse por fim eliminar todo e qualquer risco resultante do contato social, mediante a prevenção geral e especial (previsão *in abstracto* e aplicação efetiva da sanção penal), a sociedade ficaria completamente paralisada.

Pode-se, dessa maneira, afirmar que a finalidade da imputação objetiva do comportamento é a de considerar penalmente relevantes apenas aquelas condutas que se desviam do papel social que se espera de determinado agente.

Ocorre uma proibição de regresso em relação ao comportamento padronizado, o qual, por ser esperado, acaba-se tornando inócuo e não ingressa na cadeia de causalidade. Se o risco decorre de uma conduta normal e socialmente adequada, ou mesmo permitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico, não se poderá atribuir eventual dano daí decorrente ao seu autor. O Direito não pode permitir um comportamento e depois censurá-lo.

Risco permitido, portanto, é aquele que decorre do desempenho normal das condutas de cada um, segundo seu papel social, ou seja, o risco derivado de um comportamento aprovado pelo consenso social (socialmente adequado) por atender às expectativas da sociedade.

Como se percebe, a referenciabilidade social aparece como instrumento hermenêutico para a formação normativa e a definição do risco proibido, restando absorvida pela imputação objetiva, no sentido de que esta última impede o regresso causal se a conduta praticada pelo agente inserir-se em um contexto de aceitação ou tolerância social.

Não basta, contudo, que a conduta seja socialmente indesejada e crie um risco proibido. É também necessário que o resultado esteja inserido no âmbito de proteção da norma. Por exemplo: uma namorada ciumenta que surpreende seu amado em colóquio com outra pessoa. Dominada pelo egoístico sentimento de posse, traduzido pelo ciúme, efetua diversos disparos com *animus necandi* em direção a ele, vindo a acertá-lo no pé. Certa de tê-lo matado, se evade. A vítima é levada ao nosocômio mais próximo, mas contrai infecção hospitalar e morre. Existe nexo causal físico, pois, se não fossem os tiros, o namorado não entraria no hospital, não contrairia infecção e não

morreria. O risco criado foi proibido, pois não é uma conduta socialmente padronizada atirar nos outros. Entretanto, a morte não é um desdobramento causal normal para quem recebe um tiro no pé, situando-se, assim, fora do âmbito de risco provocado pela conduta.

Assim, não haverá imputação do resultado naturalístico quando este não estiver dentro da linha de desdobramento normal, previsível da conduta, ou seja, quando refugir ao domínio causal do agente.

Evidente que, ainda nessa fase da tipicidade, não se dispensa o dolo e culpa. O que a imputação objetiva pretende é apenas tornar a vinculação causal e objetiva do resultado à conduta, fruto de uma valoração normativa e não de uma simples constatação naturalística.

Por conseguinte, a teoria da imputação objetiva pressupõe que o Direito não é uma ciência exata, mas valorativa, cultural, da qual emana um plexo de valores que irradia sobre todo o sistema. O mundo da cultura é o mundo dos valores. As relações humanas, ao contrário das relações entre os fenômenos naturais, envolvem juízos de valor e não puro fator de causalidade, mera sucessão de fatos. As leis da física são cegas aos valores, as culturais não.

Dessa forma, não pode o homem abrir mão de buscar uma causalidade informada por categorias valorativas, e limitar-se a reger o direito a partir de premissas físicas das ciências exatas.

Frente a esses postulados, a teoria da imputação objetiva constitui nesse contexto importante instrumento no resgate do conteúdo valorativo, axiológico do nexo causal.

Tal discussão transcende o Direito Penal na qual foi amplamente discutida e sedimentada, pois antes de tudo é uma teoria com forte conteúdo axiológico, filosófico e sociológico.

Convém ressaltar que a teoria da imputação objetiva, não está restrita ao problema da causalidade nos crimes materiais, não significa somente atribuir o resultado naturalístico à conduta, sob o prisma objetivo. Vai muito além. Consiste em estabelecer os requisitos para unir o resultado jurídico, ou seja, a violação do interesse tutelado pela norma penal, à conduta.

Constitui um importante critério de contenção do *jus puniendi* estatal, assumindo o importante papel de viga mestra do Estado Democrático de Direito, pois visa à proteção da dignidade humana do cidadão, resguardando-o de injusta incursão em sua esfera íntima e em seu patrimônio, imagem, decoro, honra objetiva e subjetiva.

A dignidade humana, por ser um valor considerado universal, atribuível a cada pessoa, requer a busca por critérios contendedores da abusiva intervenção punitiva estatal.

Falar em imputação objetiva, desta feita, é pensar em fornecer ao Juiz e aos operadores jurídicos em geral importantíssimo elemento de contenção típica e acompanhamento das contínuas modificações socioculturais, em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista dos fins precípuos de um sistema mais garantista dos direitos fundamentais do jurisdicionado, a imputação objetiva constitui um componente relevantíssimo a propiciar uma interpretação evolutiva do ordenamento jurídico em consonância com o tão propalado conteúdo material do Estado Democrático de Direito.

Bibliografia

- ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. 4. ed. Buenos Aires: Losada, 1983, t. 3.
- _____. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot/Sudamerica, 1990.
- BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Trad. André Estefam. Rev. Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros, 2005.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito Penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CAPEZ, Fernando. *Limites Constitucionais à Lei de Improbidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Consentimento do ofendido e violência desportiva – Reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRECO, Luís. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*, op. cit., Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 32, out./dez. 2000.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luiz Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- _____. *A imputação objetiva no direito penal*. 2. ed. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- JESCHECK, H. H. *Tratado de derecho penal: parte general*. Trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. 3. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1981, v. I.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: parte geral*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madri: Editoria Revista de Derecho Privado, 1959, t. II.
- _____. *Derecho de obligaciones*. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madri: Editoria Revista de Derecho Privado, 1958, t. I.
- MATALLO JR. Heitor. *Mito, metafísica, ciência e verdade*. In: CARVALHO, Maria Cecília M. de (org.). Metodologia científica; fundamentos e técnicas. 11. ed. Campinas: Papirus, 2001.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, v. 3.
- _____. PIERANGELI, José Henrique. *Manual do Direito Penal brasileiro: Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.